

A. I. Nº - 298950.0015/21-0
AUTUADO - TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - DAT METRO/INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO INTERNET – 05/10/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Alegação defensiva de existência de decisão judicial favorável a empresa, transitada em julgado, restou comprovada. O próprio autuante na Informação Fiscal se manifestou pela improcedência da autuação, após tomar conhecimento das decisões do Poder Judiciário, no caso Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Infrações 01 e 02 insubstinentes. 2. ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDELENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/12/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 138.730,73, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 – 007.015.003 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2019, janeiro a março, maio a dezembro de 2020, sendo exigido o valor de R\$ 131.324,90;

Infração 02 – 007.015.005 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no mês de abril de 2019, sendo exigido o valor de R\$ 5.292,71;

Infração 03 – 016.001.006 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.113,12, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 24 a 28). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Consigna que se destina à exploração e operação de franquias da rede “McDonald’s” e que, por força dos contratos firmados com sua franqueadora é obrigado a adquirir uma série de insumos em outros Estados da Federação, tais como carne, hambúrguer, pão, alface, bacon, entre outros itens diversos, os quais, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais direcionados ao consumo de seus clientes (sanduíches de diversos tipos).

Manifesta o entendimento de que o Auto de Infração é improcedente, tendo em vista a existência de demanda judicial já transitada em julgado, que lhe garante o direito de não recolher a antecipação parcial do ICMS em questão.

Salienta que em demonstração de sua boa-fé reconhece que parte do valor exigido é devido, no tocante à infração 03, inclusive providenciando o recolhimento, conforme DAE (doc.09).

Sustenta a improcedência das infrações 01 e 02.

Esclarece que em abril de 2008 ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 9ª Vara da Fazenda Pública, sob o nº 0049349-76.2008.805.001, com o propósito de obter do Poder Judiciário o reconhecimento da não incidência da Antecipação Parcial do ICMS, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo em vista a inaplicabilidade do regime ao seu caso, haja vista que não adquire mercadorias de outros Estados para fins de comercialização, mas sim para integrar seu processo produtivo.

Explica que aduziu no referido processo que os insumos adquiridos fora do Estado da Bahia, tais como carne, hambúrguer, pão, alface, bacon, entre diversos itens, após sofrerem um processo de transformação, resultam nos produtos finais, no caso sanduíches de diversos tipos, destinados ao consumo dos seus clientes.

Diz que explicou que as operações interestaduais não se amoldam à sistemática da Antecipação Parcial, pois as mercadorias não são, rigorosamente, para fins de comercialização consoante exige o art. 12-A, inserido na Lei n. 7.014/96, mas, sim, compõem o seu processo produtivo, culminando, após a devida transformação, em novo produto, este sim comercializado.

Aduz que esclareceu, ainda, que não possui discricionariedade na aquisição dos seus insumos, mas é compelido, por força de contrato de franquia, a adquirir de fornecedores específicos, localizados em outras unidades da Federação, razão pela qual a nota marcante da sua atuação empresarial é a contínua (100%) aquisição interestadual de matéria-prima para integrar o processo produtivo realizado aqui no Estado da Bahia, tendo juntado ao processo, naquela oportunidade, alguns precedentes judiciais favoráveis aos contribuintes em outras discussões semelhantes, nos quais o Poder Judiciário da Bahia reconheceu a procedência da tese defendida.

Assinala que após ter sido proferida uma sentença desfavorável, interpôs Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça da Bahia, o qual foi provido pela Terceira Câmara Cível, conforme Acórdão anexo prolatado em 12/07/2011 (Doc. 03), tendo o Desembargador Relator (Dr. Sinésio Cabral Filho), reconhecido lhe assistir razão, determinando a não aplicação do regime da Antecipação Parcial do ICMS sobre as suas aquisições interestaduais.

Registra que em seguida a Procuradoria do Estado da Bahia interpôs Recursos Extraordinário e Especial, sendo que este teve o seu seguimento negado pelo Tribunal de Justiça, o que culminou na interposição de Agravo de Instrumento ao Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, conheceu do Agravo de Instrumento, mas não conheceu do Recurso Especial, pelos fundamentos expostos na decisão anexa, proferida pelo Ministro Mauro Campbell Marques, em 13/05/2016 (Doc. 04), o que motivou a interposição de Agravo Interno pelo Estado da Bahia, que também não foi conhecido pela Segunda Turma, conforme Acórdão anexo proferido em 13/09/2016 (Doc. 05), tendo sido lavrada a Certidão de Trânsito no STJ, em 14/11/2016, que certificou que o Acórdão acima referido transitou em julgado na data de 08/11/2016 (Doc. 06), e determinou a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, para julgamento do Recurso Extraordinário.

Diz que no STF foi proferida decisão, em 13/12/2016, pela Ministra Carmen Lúcia (Doc. 07), a qual negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pela Procuradoria do Estado da Bahia, tendo sido lavrada, em 27/03/2017, a Certidão de Trânsito em Julgado do feito, ocorrida em 25/03/2017, conforme documento anexo (Doc. 08).

Observa que obteve ganho definitivo em sua causa, que lhe reconheceu o direito de não recolher a Antecipação Parcial do ICMS sobre as suas aquisições interestaduais, destacando que o processo foi amplamente apreciado pelo Poder Judiciário, tendo chegado à instância máxima, que é o Supremo Tribunal Federal.

Menciona que o prazo para ajuizamento de eventual Ação Rescisória já se encerrou desde

25/03/2019, em virtude do quanto previsto no art. 975 do Código de Processo Civil, tratando-se, portanto, de coisa julgada material, em caráter absolutamente definitivo, não cabendo questionamento de natureza judicial, muito menos de natureza administrativa.

Ressalta que todas as decisões supramencionadas e anexadas à Defesa foram devidamente apresentadas ao autuante, não compreendendo o porquê de ele ter, ainda assim, constituído os presentes lançamentos.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja julgado parcialmente procedente o lançamento em lide, extinguindo-se as infrações 01 e 02 e homologando-se o pagamento atinente à infração 03.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 75 a 77). Esclarece que todo o trabalho fiscal foi baseado na Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado, nas notas fiscais eletrônicas recebidas/emitidas e nas informações constantes dos sistemas da SEFAZ/BA.

Observa que no tocante à infração 03 o impugnante reconhece a procedência da autuação, inclusive que providenciou o pagamento conforme DAE anexado às fls. 69/70.

Quanto às infrações 01 e 02, diz que após analisar as alegações defensivas e tomando como base as decisões do Poder Judiciário, no caso Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que julgaram procedente o pedido do autuado e tratando-se de coisa julgada material em caráter absolutamente definitivo, opina pela improcedência das referidas infrações.

Finaliza a peça informativa opinando pela improcedência das infrações 01 e 02 e pela procedência da infração 03.

Presente a sessão de julgamento o Advogado Dr. Victor Tanuri Gordilho OAB/BA 28.031.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas aos autuado, sendo as infrações 01 e 02 atinentes à imposição de multa percentual em face ao não recolhimento do ICMS devido por Antecipação Parcial e a infração 03 atinente à imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, em face à entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal.

Verifico que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com a legislação de regência, especialmente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, inexistindo vício ou falha que o inquine de nulidade.

Conforme relatado, o impugnante sustenta a improcedência das infrações 01 e 02 sob a alegação de existência de demanda judicial já transitada em julgado no âmbito dos Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), que lhe garante o direito de não recolher a antecipação parcial do ICMS em questão.

Consoante esclarecido pelo impugnante em abril de 2008 ajuizou Mandado de Segurança distribuído à 9ª Vara da Fazenda Pública, sob o nº 0049349-76.2008.805.001, com o propósito de obter do Poder Judiciário o reconhecimento da não incidência da Antecipação Parcial do ICMS, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, tendo em vista a inaplicabilidade do regime ao seu caso, haja vista que não adquire mercadorias como carne, hambúrguer, pão, alface, bacon, entre diversos itens, de outros Estados para fins de comercialização, mas sim para integrar seu processo produtivo.

Diz que explicou que as operações interestaduais não se amoldam à sistemática da Antecipação Parcial, pois as mercadorias não são, rigorosamente, para fins de comercialização consoante exige o art. 12-A, inserido na Lei n. 7.014/96, mas, sim, compõem o seu processo produtivo, culminando, após a devida transformação, em novo produto, este sim comercializado.

Efetivamente, os documentos trazidos aos autos pelo impugnante, notadamente aqueles emanados

dos pelo Supremo Tribunal Federal, confirmam a alegação defensiva de existência de decisão judicial favorável a empresa, transitada em julgado, portanto, descabendo qualquer recurso.

Relevante observar que o próprio autuante na Informação Fiscal, acertadamente, manifestou-se pela improcedência das infrações 01 e 02, após tomar conhecimento das decisões do Poder Judiciário, no caso Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O artigo 125, inciso II, do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei n. 3.956/81, dispõe:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

[...]

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Verifica-se que mesmo se pretendesse entrar na questão da exigência do ICMS Antecipação Parcial, por se tratar o autuado de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo a atividade principal de “Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares”, CNAE 56.11- 2-03, esta Junta de Julgamento Fiscal estaria impedida em face à questão já ter sido decidida pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, as infrações 01 e 02 são improcedentes.

No tocante à infração 03, observo que foi reconhecida pelo autuado inclusive com o pagamento do valor do débito apontado no Auto de Infração, conforme documento de arrecadação acostado aos autos, sendo, desse modo, subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298950.0015/21-0, lavrado contra **TORA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.113,12**, prevista no 42, IX da Lei n. 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 3.956/81, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR